Diſſertationum Germanicarum

Tom. VI.

De Contractibus

P. II.

Digitized by Google

Digitized by Google

Elenchus Auctorum

I. de Warnsdorff. | Io. Ernesti Gottlobij. | De Actione Ceſſa adverſus Confidejuſſorem in Solidum competente. Ienae. 1745.

II. Lentij. | Christiani | De nominibus Ceſſis. Ienae. 1750.

III. Schenck | Io. Georgij. | De Renuntiatione invalida. Ienae. 1750.

IV. Scherbaum. | Io. Criſtiani. | De loco Solutionis. Vitembergae. 1742.

V. Baz | Criſtiani. | De eo quod iustum est circa oblationem, atque Depositionem pretii in retractu. Tubingae. 1748.

VI. Richteri | Chriſtiani Godofr. Sigismundi. | Iura Mercato=rum in exigendis usuris ex mora in Solvendo mer=cium pretio facta. Lipſiae. 1751.

VII. Bodini | Henrici. | De usuris pretii non Solati. Halae Magdeburgicae. 1752.

VIII. Rehfeldt | Io. Wilhelmi | De Iure Creditoris Literarum Cambii cum vel Sine clausula Hypothecae in Concur=su Halae Magdeburgicae. 1746.

Digitized by Google

IX. Riccij | Christiani Gottlieb. | Problema Num Pactum Commissorium circa Pignora in Germanorum fora, in quibus id quondam, testantibus Diplomatibus ac Literariis monumentis, etiam usu valuit, rursus sit in vehendum et ad probandum; Cum Appendice Exemplorum nonnullorum obligationis sub poena Banni Imperialis, et Ecclesiastici olim contractae. – Jenae. 1743.

X. Ponneri | Fridemanni. | De Confirmatione Pactorum. – Jenae. 1749.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Q. D. B. V.

DE

ACTIONE CESSA

ADVERSVS

CONFIDEIVSSOREM IN SOLIDVM COMPETENTE

PRAESIDE

IO. BALTHASARE WERNHERO, D.

POTENTISS. POLON. REG. ET ELECT. SAX. A CONSILIIS AVLAE ATQVE IVSTITIAE ORDINARIO ET ANTECESSORE PRIMARIO

IN ACADEMIA VITEMBERGENSI

D. IVL. M DCC XXII.

IN AVDITORIO IVRIDICO

HORIS CONSVETIS

PVBLICE DISPVTABIT

IOHANNES ERNESTVS GOTTLOBIVS de WARNSDORFF

EQV. LVS. SVP.

RECVSA.

IENAE, LITTERIS CHRISTIANI FRANCISCI BVCHII, 1745.

Conte di Camaldoli

Biblioteca Nazionale Napoli

Digitized by Google

Digitized by Google

§. I.

Ne morem eorum, qui argumenta publicarum Diſputationum pertractant, migrare uidear, uim & ſignificationem uerborum, quae *Rubricam* abſoluunt, paucis praemittam. Quid *Actio* ſit, nemini uel ex dupondiorum numero ignotum eſt; nempe *ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur. pr. l. d. Act. l. 51. ff. de Obl. & Act.*

§. II.

Cedere actionem, nihil aliud eſt, quam eam praeſtare, *l. 6. ff. Naut. Caup. Stab. l. 31. ff. d. act. emt. l. 2. ff. depoſ.* ſeu mandare, *l. 25. ff. d. Admin. tut. l. 1. C. d. O. & A.* & in alium transferre. *l. 2. C. d. diuid. tut. Sande Tr. d. Act. Ceſſ. c. I. §. 3.* Vnde, quod in rebus corporalibus eſt traditio, & in ſeruitutibus quaſi traditio, quae fit patientia & uſu, id in actionibus transferendis intelligitur eſſe ceſſio; quippe quae uice traditionis fungitur.

§. III.

Antiquiſſimis Romanorum temporibus ſolennis quaedam *Ceſſio*, quae *in iure* dicebatur, in uſu fuerat, eratque modus, non tantum incorporales, ſed & corporales res in alterum deriuandi; cum ad ius legitimum, & *Quiritarium* dominium, in eas acquirendum, ſola traditio, iuſto licet titulo ſuffulta, non usque quaque ſufficeret. Vid. *Vlpian. Fragm. tit. 19. §. 9. ſeqq. Cai. Inſtit. L. 2. tit. 1. §. 68. Böeth. Lib. III. Commentar. in Topic. Ciceronis.*

§ IV.

Confideiuſſor eſt, qui cum uno, uel pluribus, obligationem alienam, ad maiorem Creditoris ſecuritatem, in fidem ſuam recepit, ut tamen principalis quoque debitor obligatus maneat, *pr. I. d. Fidei. l. 1. §. 8. d. O. & A. l. 5. C. Eod.*

§. V.

Notum eſt, fideiuſſori, praeter excuſſionis atque diuiſionis beneficium, etiam illud competere, quod *cedendarum actionum* appellant; ut nempe ad ſoluendum adigi non poſſit prius, quam a creditore ceſſae ſint ipſi actiones, quas aduerſus confideiuſſores, & debitorem, habet. *l. 17. l. 36. l. 39. ff. de Fideiuſſ. l. 2. l. 11. C. Eod. l. 28. ff. mand.* Quid uero, & quantum confideiuſſor, actione ceſſa conuentus, fideiuſſori, qui ſolidum creditori praeſtitit, reſtituere teneatur, nondum omnino ad liquidum perductum eſt. Vbi illud quidem dubio uacat, regulariter, & quando diuiſionis beneficio renunciatum haud eſt, fideiuſſorem ex iure ceſſo non, niſi ratam portionem, a Collega ſuo recuperare poſſe. Non enim ipſe, tanquam ceſſionarius, melioris condi-

conditionis eſſe poteſt, quam cedens creditor. Atqui huic, ſolidum petenti, quisque fideiuſſor diuiſionis exceptionem ex epiſtola D Hadriani obiicere poterat, *l. 26. de Fidei.* Ergo & fideiuſſor illud admittere tenetur; quippe in quem non plus iuris creditor transferre potuit, quam ipſe habuit.

§. VI.

Difficilior autem haud paulo inſpectio in eo caſu eſt, ubi duo pluresue ita pro debitore interceſſerunt, ut ſimul, diuiſionis beneficio ſe haud uſuros, promitterent; annon Fideiuſſor, qui ſolidum creditori ſoluit, idem illud per actionem ſibi ceſſam a confideiuſſore repetere queat, an uero pati debeat, ut rata ipſius detrahatur? Quam quaeſtionem a pauciſſimis recentiorum Iuris Interpretum tactam, ſed fere praetermiſſam, eſſe, miror, quum tamen frequentiſſime in foro occurrat, & iudicantibus ancipitem cogitandi curam afferre ſoleat. Caeterum poſteriorem ſententiam prolixe & ex inſtituto tuendam ſuſcepit *Hartm. Piſtoris L. I. Quaeſt. 48.* cuius argumenta ſummatim repetiit *Carpzou. P. 2. C. 17. d. 18.* & ex illo *Brunnem. Tr. de Ceſſ. Act. cap. 3. n. 29.* quorum ueſtigiis alii preſſe inſiſtunt. Nec memini, a quoquam illas reiectas & refutatas eſſe, quamuis contraria opinio iuris principiis magis conſentanea ſit. Igitur operam dabo, ut eius fundamenta ſtrictim oſtendam; tum uero *Piſtoris* atque *Carpzouii* rationes diluam, atque ex illis hoc, quod illi uolunt, effici haud poſſe, euincam.

§. VII.

Nempe fideiuſſores in ſolidum tenentur; neque ipſo iure, etiam poſt introductum diuiſionis benefi-

cium, obligatio inter eos diuiſa eſt. *l. 26. ff. d. Fidei.*; ſed diuiſio demum per oppoſitam exceptionem contingit. *l. 28. ff. eod.* Huic ubi fideiuſſores renunciarunt, quod eos facere poſſe, nemo dubitat, *l. pen. C. d. Pact.* nullus eorum, a creditore conuentus, ſolidi praeſtationem declinare ualet. In quo rurſus omnes Doctores conſentiunt. Neque tali caſu quicquam, niſi quod ipſe pro alio debebat, ſoluit. Non enim partem, ſed ſolidum, debebat. Hinc, ut fideiuſſor aduerſus confideiuſſorem agat, citra ceſſionem, nullam ipſi actionem dandam, monet *ICtus* in *l. 39. ff. d. fidei.* Neque ius non ſcriptum, ſeu conſuetudo fori, de qua teſtantur *Wiſſenb. ad ff. t. d. Fidei. th. 19. Meu. 6. Dec. 387. n. 3.* & *Nob. Dn. de Berger, Oecon. Iur. p. 624.* ita certa eſt, ut ei tuto inniti liceat. Vnde aliter ſentit *Carpzou. P. 2. C. 1. l. d. 15.*

§. VIII.

Nihil itaque iuris fideiuſſor, qui creditori ſatisfecit, aduerſus confideiuſſorem ex ſua perſona habet. Igitur aliunde, nempe a creditore, ius agendi accipiat, neceſſum eſt. Quod cum ſine ceſſione fieri haud queat, de eius effectu ex communi natura atque indole ceſſionum iudicari debet. Eam uero talem eſſe conſtat, ut, quicquid iuris cedens habuit, idem illud, & nec plus, nec minus, in ceſſionarium tranſeat. *l. 95. §. pen. ff. d. Solut. l. 2. C. d. Fidei.* Habuit uero ille, ante ceſſionem, ius ſolidum exigendi, a quolibet fideiuſſore; ergo, hoc etiam in ceſſionarium translatum eſſe, intelligitur. Exceptio diuiſionis, cui renunciatum, ſicut cedenti non obſtaret, ita nec ceſſionario fideiuſſori obſtabit. Accedit, quod fideiuſſor, dum creditori ſatisfacit, actiones eius uelut emere cenſeatur, ut *Paulus in*

. 36.

Digitized by Google

l. 36. ff. eod. ait. Has itaque tales, quales penes ipſum fuerant, praeſtare tenetur, hoc eſt, integras, & in ſolidum, nulla portione detracta. Neque ullibi in Iure uel minimum ueſtigium occurrit, ubi huiusmodi deductio fieri iubetur. Atqui, ſine lege etiam hoc caſu aliquid temere ſtatuere, merito erubeſcimus.

§. IX.

Sed iam conuertamur ad argumenta, quae *Hartmannus Piſtoris*, &, qui eius ueſtigia preſſit, *Carpzouius* afferunt. Primo *Piſtoris c. l.* urget, *quod, etſi plures fideiuſſores in ſolidum ipſo iure obligati ſint, re tamen uera, & in effectu quilibet ipſorum pro uirili parte onus obligationis ſuſtineat.* Quod tamen aperte fallit in eo, in quo uerſamur, caſu; quando nempe a fideiuſſoribus diuiſionis beneficio renunciatum eſt. Tunc enim etiam in effectu quisque eorum non pro rata, ſed in ſolidum, tenetur. Vnde nihil omnino eorum, qui diſſentiunt, cauſam iuuat adducta *l. Non recte 3. C. d. fideiuſſ.* Nam ibi hoc tantum dicitur, quod diuiſionis exceptio pluribus fideiuſſoribus competat, etſi in ſolidum ſe obligauerint; quia nempe haec clauſula memoratum beneficium haud excludat, ſed ſuperuacanea ſit, quippe quae iam ipſi fideiuſſioni ex eius natura inſit; talium uero expreſſio indolem negotiorum immutare nequeat. A quo renunciatio beneficii diuiſionis, quam hic ſupponimus, longiſſime abhorret. Neque uero eo ſolum caſu, *cum unus non ſoluendo exiſtit, id ad reliquos confideiuſſores ſpectat;* ſed & tunc ſolidi ſoluendi onus in reliquos, imo ſingulos, recidit, quando diuiſionis beneficio ultro ſe exuerunt; huius enim nulla tali caſu ratio habetur; ſiue confideiuſſores bonis abundent, ſiue ad incitas redacti ſint. Vnde etiam *l. inter fideiuſſores. 26. & l. Si plures*

plures 27. ff. d. Fideiuſſ. nihil ad rem praeſentem faciunt; quippe quae ſupponunt, beneficio diuiſionis locum eſſe.

§. X.

Pergit *Piſtoris: Non igitur uel iuris, uel aequitatis rationi ſatis conuenit, ut quis eius portionis, pro qua ipſemet propria obligatione obſtrictus fuerat, ceſſionem impetrare, ac id, quod, ſemet liberaturus, ſoluit, ab alio, qui in pari cauſa eſt, repetere uelit.* Vbi non uideo, quomodo *propria* fideiuſſoris *obligatio* uocari poſſit, tantum ea, quae uirilem portionem continet. Vel enim *propria* obligatio dicitur, quae proprio nomine, neque intuitu alieni debiti, contracta eſt; & patet, eo ſenſu obligationem fideiuſſoris, neque in ſolidum, neque pro parte, propriam eſſe; quippe quae tota, quanta quanta eſt, ad exſoluendum debitum alienum comparata. Vel *Piſtorio* atque *Carpzouio propria* obligatio audit, pro qua quis ipſe tenetur, ob uinculum, ſuo facto contractum; & manifeſtum eſt, obligationem fideiuſſoris, non pro parte, ſed in ſolidum, propriam eſſe, non tantum ipſo iure, per *cit. l. 26. ff. d. fidei.* ſed & in effectu; quia beneficium diuiſionis ceſſat. Itaque nullo reſpectu fideiuſſor, intuitu uirilis ſolum portionis, *propria obligatione obſtrictus*, dici poteſt. Quodſi etiam principium illud, *quod ab alio repeti nequeat, quod quis, ſemet liberaturus, ſoluit*, ita crude in materia fideiuſſionis reciperetur, totum beneficium cedendarum actionum in nihilum recideret; quia fideiuſſor, non tantum partem, ſed ſolidum, ad quod ex propria obligatione, per fideiuſſionem contracta, tenebatur, Creditori ſoluit.

§ XI.

Digitized by Google

§. XI.

Haud leue autem ſententiae ſuae praeſidium diſſentientes arceſſere poſſe uidentur ex *l. Si plures 38. ff. d. adminiſtr. & peric. tut.* ad quam *Carpzouius* inprimis prouocat, ubi *Papinianus* docet, plures tutores, qui non adminiſtrauerint, ſi ſoluendo ſint, periculi ſocietatem pro rata excipere; ſin quidem idonei haud ſint, hoc ceteros onerare, neque pupillum ei, qui ſolus conuenitur, actiones in alterum pro parte praeſtare teneri. Vnde regulam conficiunt, quod ei, qui proprium debitum ſoluit, ceſſio actionis denegari debeat. Sed uero primum oſtendi, omne id, quod fideiuſſor Creditori ſoluit, proprium eius debitum complecti; uel totum alienum debitum, pro uario ſignificatu, in quo uox *proprium* ſumi poteſt. Deinde, in capite fideiuſſionis, id, quod fideiuſſor praeſtat, creditor non tam in ſolutum accipit, quam nomen, & actiones, quas habet, uendit, *l. 36 ff. de Fidei.* quae proinde mercis inſtar habent; pecunia, quae ſoluitur, pretii loco eſt. Vnde nec ex indole *ſolutionis*, proprie & ſtricte ſic dictae, negotium hoc aeſtimari debet; ut in memorata lege *ICtus* expreſſis uerbis monet. Quod uero ſigillatim ad *l. 38. ff. d. adm. & per. tut.* a diſſentientibus excitatam, attinet, praeterquam quod fideiuſſionis caſum plane non contineat, ratio, cur, ceſſionis beneficio locum eſſe, ibi negatur, non ea eſt, quod tutor, integrum damnum, tam a ſe, quam reliquis tutoribus, datum, reſarciendo propriam obligationem agnoſcat; nam & ipſe perinde, ut fideiuſſorum unus, in effectu, & quando reliqui ſoluendo exiſtunt, non, niſi pro rata, tenetur, ut ipſe *Papinianus* in *c. l. pr.* ait. Longe aliud decidendi fundamentum acutiſſimus JCtus in *c. l. §. 1.* affert, quando *in fin.* ſubiicit: *Cum propria cuiusque*

contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc deſiderari? Nempe tutor, omittendo rerum pupillarium adminiſtrationem, contumax eſt, adeoque delictum incurrit, quod omnia iuris beneficia, in quorum numero ceſſio actionum eſt, excludit. Vnde impudentia ſua nemo actionem acquirere dicitur. Add. *Cap. qua fronte. X. d. Appell.* Tale quid uero non admiſit fideiuſſor, dum fidem ſuam pro alio interpoſuit, & diuiſionis beneficio renunciauit, ſed is ex contractu, uel pacto, tenetur; neque adeo legum beneficiis ſe indignum reddit.

§. XII.

Neque huc quadrat *l. Vnde quaeritur. 7. ff. d. Commod.* quam & ipſam *Piſtoris* citat; in qua nemo, etſi lynceos oculos habeat, aliquid uiderit, quod ad praeſens inſtitutum faciat. Nec melioris farinae eſt argumentum, ex *l. Modeſtinus 76. ff. d. Solut.* repetitum. Ibi enim de hoc tantum eſt quaeſtio, utrum ceſſio actionum ex poſt facto, cum omne id, quod ex cauſa tutelae debebatur, ſolutum eſt, admitti debeat, nec ne. Nos autem uerſamur in caſu, ubi non de ceſſione, quo tempore fieri debeat, ſed de illius effectu, & quatenus aduerſus confideiuſſores facta intelligatur, quaeritur. Sed & ex *l. 1. C. d. duob. reis* nihil pro contraria opinione exſculpi poteſt. Nihil enim ibi habetur, niſi quod eo caſu, ubi duo pluresue, re tradita, conuenerint, ſibi uiciſſim in ſolidum aliquid dari, uel fieri, ſingulis, eueniente caſu, quamdiu res in eadem cauſa permanſerit, actio in ſolidum competat. Id quod nihil ad ſtabiliendam regulam, a *Piſtorio* traditam, multoque minus ad praeſentem quaeſtionem, quicquam conferre poteſt.

§. XIII.

Digitized by Google

§. XIII.

Inſequitur *Piſtoris: At licet id, quod diximus, fideiuſſorem pro rata debiti onus agnoſcere ex epiſtola diui Adriani proueniat, & is, qui renunciauit buic beneficio, eo amplius uti non poſſit; haec tamen renunciatio id quidem praeſtat, ut a fideiuſſore ſolidum exigi poſſit; quod uero is propterea onus obligationis pro ſua uirili parte, reſpectu confideiuſſorum, minus ſuſtinere debeat, efficere minime poteſt.* Imo uero hunc effectum ipſa ceſſionis indoles urget & euincit. Namque fideiuſſor, dum beneficio diuiſionis ultro repudium mittit, atque creditori ſe ad totius debiti ſolutionem obſtringit, idem facere intelligitur intuitu eius, qui iura, a Creditore ceſſa, conſequitur. Cum ceſſionarii conditio non poſſit non eadem cum cedente eſſe. Aduerſus Confideiuſſorem nullum ipſi ius eſt, nulla actio. Quicquid iuris penes ipſum reſidet, creditoris, uel eius, qui cauſam ab ipſo habet, perſonam reſpicit; contra quem ſe diuiſionis exceptione tueri poteſt, quoad eidem haud renunciauit.

§. XIV.

Nec uero illa philoſophemata & floſculi, quibus colorem opinioni ſuae allinere *Piſtoris* annititur, *quod regulariter inducta ad unum finem contrarium operari non debeant*; item *quod inducta ad efficacius obligandum liberationem operari non poſſint, & contra*, cardinem quaeſtionis attingunt, & aliquod momentum afferunt. Planiſſimum enim eſt, quod renunciatio beneficii diuiſionis nihil operetur, niſi intuitu creditoris, & eius, qui plane eodem cum ipſo iure utitur, ſeu cui ille nomen & actiones ſibi competentes ceſſit. Reſpectu confideiuſſoris nihil iuris, uel dat, uel adimit, & tollit; ſed, ſicuti, citra illam renunciationem, ab eo poſtulare nequit, ut

 portio-

portionem uirilem ſoluat, aut ipſi reſtituat, ita nec, renunciando diuiſionis beneficio, impedire poteſt, quo minus ceſſionarius fideiuſſor eodem cum cedente iure utatur.

§. XV.

Tum uero aliud argumentum *Piſtoris* expromit, *a paupertate* deſumtum; *quod illa, utut perinde beneficium diuiſionis, ſicut renunciatio, tollat, non tamen hoc efficiat, ut idco minus portio, ob paupertatem deficiens, omnes pro rata oneret.* Atqui nemo dicit, quod uel renunciatio, uel paupertas, per ſe talem effectum pariat; ſed quod ceſſionis, a creditore factae, illa uis ſit, quod omne ius illud, quo cedens uti poterat, cum ſuis effectibus in ceſſionarium tranſeat, qui per actionem ceſſam idem cum creditore conſequi debet; ſiue reus, aduerſus quem iudicio experitur, beneficio diuiſionis renunciauerit, ſiue reliqui fideiuſſores bonis ſint lapſi, neque diſſoluendo aeri alieno ſufficiant.

§. XVI.

Addit *Piſtoris: Perquam iniquum fore, pluribus unam & eandem obligationem ſuſcipientibus, unum ex ipſis prorſus immunem eſſe, reliquis ſolidum ſoluentibus; eamque iniquitatem ſenſiſſe IO. IMOLAM, & propterea opinionem BARTOLI magis aequam dixiſſe.* Ego uero, quem nihil mouet, quid *Imola*, aliique ſenſerint, recte ſubdictis rationibus, nullam hic prorſus iniquitatem deprehendo. Fideiuſſor alienam obligationem in ſolidum recepit; ergo nec aegre ferat, ſolidum ab ipſo exigi; a quo id petatur, ſiue creditor is ſit, ſiue eius ceſſionarius, nihil intereſt; neutri enim plus ſoluit, quam debebat; & ratio aequitatis poſtulat, ut, qui ſemel conſenſit, quod minui

nui actio non debeat, eadem conuentus fidem promiſſi impleat, & integrum debitum praeſtet. Ad beneficium iuris, ſemel dimiſſum, redire, & intra eius ſinum uelut poſtliminio ſe recipere uelle, iniquum fuerit. Verum eſt, quod eius, qui primo ſoluit, conditio melior ſit, quam reliquorum confideiuſſorum; cum enim ipſe ſolidum recuperet, ultimus, qui nouiſſime ſoluit, alium regreſſum non habet, quam aduerſus reum principalem; quo non ſoluendo exiſtente, integrae pecuniae iacturam facit; reliquis, qui initio in pari cauſa, & periculo pari fuerant, uelut ex naufragio in tutum ſubductis. Sed in his omnibus nihil eſt, quod aequitati, aut iuſtitiae repugnet; quae utique permittit, ut quis uigilando ſibi proſpiciat, rebusque ſuis conſulat; modo ius alterius non uioletur: quod tali caſu haudquaquam fieri, abunde oſtenſum eſt.

§. XVII.

Equidem largior, *quod renunciatio beneficii diuiſionis hoc non praeſtet, ut fideiuſſor primo ſoluens pro portione ſua ceſſionem a creditore propterea magis impetrare poſſit*; neque enim quisquam facile dixerit, neceſſitatem cedendi actionem in ſolidum ex eo dependere, quod beneficio diuiſionis renunciatum eſt; imo uero, etſi renunciatio haec facta non ſit, tamen fideiuſſor, ſi creditori ſolidum praeſtat, recte ab eo poſtulat, ut ipſi actiones in ſolidum cedat; hoc ſolum igitur renunciatio beneficii diuiſionis intuitu confideiuſſorum non minus, quam reſpectu creditoris, efficit, ne quis eorum ad hoc beneficium confugere, & per id actionem in ſolidum pro parte elidere atque inutilem reddere queat. Nec uero error *Pauli de Caſtro*, aliorumque, qui prorſus in tranſuerſum acti, ceſſionis beneficio eo caſu, ubi diuiſio-

Digitized by Google

nis exceptioni renunciatum fuerit, omnino locum eſſe negabant, eo ualere debet, ut ueritati praeiudicium fiat, atque portionis detractio, quam leges ignorant, admittatur. Fauor autem creditoris, quem talis renunciatio reſpicere dicitur, non eius generis eſt, ut ſoli perſonae cohaereat, neque cum actione ceſſa in quemuis alium tranſeat. Nam neque legibus de hoc quicquam cautum, aut reſtrictio ad creditoris perſonam facta, &, contraria hypotheſi admiſſa, conſequeretur, eandem cum hac qualitate, ut beneficium diuiſionis, cui renunciatum, ceſſet, in neminem alium, etſi in fideiuſſorum numero haud ſit, transferri poſſe. Quod tamen nec illi, qui a nobis diſſentiunt, aſſerere auſint. Quod uero in quemuis alium, praeter fideiuſſorem, ceſſio cum in modum fieri poſſit, de eo nullum in Iure ueſtigium occurrit.

§. XVIII.

Maiorem ueritatis ſpeciem prae ſe fert argumentandi ratio, qua in ſequentibus *Piſtoris* utitur. *Denique*, ait, *indubitati iuris eſt, quod, ſiue creditor, ſiue etiam fideiuſſor, iure ſibi a creditore ceſſo, agat aduerſus confideiuſſorem, is neceſſe habeat, actionem ſoluenti cedere, usque adeo, ut, niſi cedat, uel ex proprio facto cedere non poſſit, alter ſoluere non teneatur. Modo ſi ex duobus fideiuſſoribus unus ſolueret ſolidum, & contra confideiuſſorem inde in ſolidum agere, atque id exigere uellet, utique is eandem actionem, quam a creditore impetrauerat, in ſolidum etiam alteri ſoluenti cedere teneretur, ſicut ipſemet creditor eundem conuenire uolens facere deberet. Hoc uero, ut faciat fideiuſſor, impoſſibile eſt, niſi contra ſemetipſum cedat; conſequens eſt igitur, fideiuſſorem contra confideiuſſorem in ſolidum agere non poſſe, ac propterea etiam fruſtra ceſſionem totius actionis impetrare, ut proinde hiſce tam opinio,*

quam

Digitized by Google

quam ratio Bartoli optime defendi queat. At enim uero etiam huius argumenti uis facile eliditur, modo attendamus, quod, ut ſupra monui, in tali ceſſione quaedam uenditio nominis ſubſit; & actio mercis inſtar ſe habeat, quam alter, ſoluendo debitum, uelut pretio dato, emit. *l. 36. ff. d. Fidei.* Atqui merx non alia debetur, quam qualis tempore contractus fuit; adeoque fideiuſſor, qui rurſus a collega ſuo ſolidum recipit, actionem eidem non praeſtat, niſi in eo ſtatu, in quo eo tempore reperitur; hoc eſt, ut contra ipſum fideiuſſorem cedentem, quippe ſolutionis exceptione tutum, locum habere nequeat. Ex quo intelligitur, diſparem utrinque conditionem eſſe. Fideiuſſor, qui poſtea, quam creditori ſatisfecit, aduerſus confideiuſſorem iudicio experitur, nulla exceptione ſubmoueri poteſt; ſicut nec creditor, ſi contra eundem ageret; confideiuſſor autem, ſi uel maxime ipſi in ſolidum cedatur actio, non tamen plus iuris habere poteſt, quam habiturus fuerat creditor, ſi actionem aduerſus primum fideiuſſorem intentare uellet; qui ipſum per exceptionem ſolutionis, ex apocha in continenti liquidam, a limine iudicii repelleret; quod perinde fideiuſſori eodem modo contingit, ſi poſtulet, ſibi actionem cedi; aut ceſſam in ipſum cedentem retorquere uelit. Nihil itaque cauſae eſt, cur circulus metuendus ſit, cuius ſpeciem ratiocinium allatum praebet.

§. XIX.

Quo ipſo etiam conſecutio cadit, quam inde *Piſtoris* elicit, *quod fideiuſſor ſoluens pro ea portione, quae ipſum concernit, ceſſionem a creditore neque impetrare, neque in ſolidum contra fideiuſſores agere, ſed reliquos confideiuſſores ſaltem pro ipſorum portionibus, deducta ſua parte, conuenire poſſit.* Prae-

Praeſertim cum fuſe demonſtratum ſit, partes obligationis eo caſu a ſe inuicem diuelli haud poſſe, quando ea non tantum ipſo iure in ſolidum contracta, ſed & diuiſionis exceptio per renunciationem ſubmota eſt. Vnde, ſi ponamus, quod facit *Piſtoris*, tres ſpopondiſſe 30. & ſoluiſſe unum, hic regulariter quidem non, niſi detracta ſua portione uirili, a reliquis uiginti recipiet, quia nempe ipſi, perinde ut creditori, diuiſionis exceptio obſtat; qua per renunciationem excluſa, nihil confideiuſſorem a ſolidi refuſione liberabit.

§. XX.

Hinc recte quidem dicitur, *quod tam creditor, quam fideiuſſor, ſolidum conſequi non poſſit, niſi & actionem in ſolidum cedat; nec admittendum, ut fideiuſſor ſemet ab obligatione eximere, & actionem, ſaltem erga alios, nec dum liberatos, cedere uelit.* Sed neque id, cedendo ulterius actionem, fideiuſſor agit, ut obligationi alicui ſe ſubducat; cum liberationem ab ea iam antea, per ſolutionem creditori factam, ipſo iure conſecutus ſit; & fieri nullo modo poteſt, ut actio aduerſus alium, quam nondum liberatum, uel competere, uel cedi poſſit; cum ſemper is, qui ſatisfaciendo creditori obligationem ſibi incumbentem peremit, exceptione ſolutionis ſeſe tueri, & agentem a iudicio arcere queat. Quod uero ea ratione actionem fideiuſſor non perinde, prout eam habuerat creditor, & ipſe ab eodem impetrauerat, cedere poſſit, in cauſa eſt, quod ipſe eidem ſoluit; ſibique adeo exceptionem & liberationem ipſo iure acquiſiuit; de quo cum alius fideiuſſor gloriari nequeat, fruſtra hoc obtentu ſolidi reſtitutionem declinat. Fac iam, duos tantum fidem ſuam pro alieno debito obligaſſe, renunciando ſimul diuiſionis beneficio. Hic, ſi unus, qui creditori

ſoluit,

Digitized by Google

ſoluit, aduerſus alterum ex iure ceſſo in ſolidum agat; is uero ceſſionem actionum urgeat, palam eſt, nonniſi eam, quae creditori contra reum principalem competebat, & forte commodum, utputa, ius campii, pignoris, aut ſimile annexum habet, fideiuſſori ceſſam, confideiuſſori rurſus cedi poſſe; non eam, quam creditor aduerſus fideiuſſorem habebat; quippe quae per ſolutionem ſublata eſt; uel certe cui perpetua exceptio obſtat; quam alter fideiuſſorum & ipſe non, niſi per actualem ſolutionem, conſequitur. Neque iura quenquam obſtringunt, ut alteri plus cedere iuris debeat, quam penes ipſum eſt.

§. XXI.

Praeterea ſententiae ſuae generalitatem textuum haudquaquam obſtare, ſed eos cum limitatione, ut portio fideiuſſoris ab actione ceſſa deduci debeat, accipiendos eſſe, *Piſtoris* contendit, idque demonſtrari poſſe, putat, ex abſurdo, quod, contraria opinione recepta, admittendum foret. Ita enim ille: *Denique ad generalitatem legum quod attinet, non rarum eſt, ut leges generaliter loquentes, ex ueriſimili atque probabili earundem ratione reſtringantur. Quinimo ſi ita generaliter accipienda eſſent illa iura, etiam hoc inde ſequeretur, quod & in caſu, ubi diuiſionis beneficium locum haberet, ita in ſolidum ſit cedenda actio, ut fideiuſſor ſoluens, actione iſta a confideiuſſore ſolidum conſequi poſſit, quo tamen abſurdius nihil dici poſſet.* Ego uero abſurditatem illam, a qua tantopere *Piſtoris* abhorret, non deprehendo. Quod enim etiam tunc, ubi fideiuſſio ſimpliciter facta, neque cum renunciatione beneficii diuiſionis coniuncta eſt, actio a Creditore in ſolidum, ut penes ipſum fuit, cedi debeat, dubio uacat, ſed alio cum effectu cedi nequit, quam eandem inſtituere poſſet

C credi-

Digitized by Google

creditor, hoc eſt, beneficio diuiſionis ſaluo; quo praetermiſſo, atque neglecto, condemnatio utique in ſolidum fieri debet; ut fert indoles actionis, & natura obligationis in fideiuſſoribus; qui etiam poſt Epiſtolam Diui Hadriani in ſolidum obligati manent. Aequiuocatio, quae latet in uerbis, *ut fideiuſſor ſoluens actione iſta a confideiuſſore ſolidum conſequi poſſit*, unde potiſſimum abſurditatem, quam urget, *Piſtoris* effingit, facile tolli poteſt, ſi dicas, fideiuſſorem per actionem ceſſam eodem modo ſolidum a confideiuſſore conſequi, quo illud conſecuturus ab eo eſſet creditor, ſi actionem contra ipſum moueret, h. e non aliter, quam ſi hic, in ſolidum conuentus, diuiſionis exceptionem omittat.

§. XXII.

Haec ſunt argumenta, quibus *Piſtoris* pugnat; quibus cum ſatisfactum ſit, ut puto; facile nunc erit, ea, quae ab aliis Doctoribus afferri ſolent, & fere cum illis conueniunt, dubia & obiectiones diluere. Sigillatim *Meuius P. 3. dec. 234. & P. 4. dec. 325.* nouo praeſidio cauſam *Piſtoris* inſtruit, & praecipuum eius fundamentum in *Confuſione* collocat; Ponit in *cit. dec. 234.* caſum, qui in ipſo rerum actu euenerat; ubi duo, Titius & Seius, intuitu mutui, a *Caio* crediti, fideiuſſerant; & creditor nomen Sempronio, hic iterum Titio, fideiuſſorum uni, Titius Seruio, Seruius Calpurnio ceſſerat, & hic, mota aduerſus Sejum actione, ſolidum petierat; atque condemnationem ita obtinuerat. Mea ſententia recte; propter fundamenta ſuperius adducta. Sed *Meuius*, appellationi locum datum fuiſſe, memorat, permotosque Iudices, cum aliis, quas adducit, rationibus, tum ſpeciatim illa, quod in fideiuſſoris perſona, qui Creditori ſatis-

ſatisfecit, & ceſſam ab eo actionem accepit, confuſio quaedam crediti & debiti pro uirili portione contigerit; adeoque in ſolidum aduerſus confideiuſſorem inſtitui haudquaquam potuerit. Ita enim ille: *Dum in eandem perſonam fideiuſſoris iura debitoris & creditoris aliquando concurrunt, quaedam ueluti confuſio, qua partem illam, quam debuit, atque ita liberatio & extinctio obligationis facta eſt. Cui hoc conſequens, quod ſolutum ab ipſo debitum, qua ipſum, ideo etiam qua ceſſionarios ſublatum, inde confideiuſſoris, qua ſuam partem, inanis ceſſio fuit.* Vbi quidem certi iuris eſt, quod confuſio obligationem & actionem tollat; nemoque ſimul & eodem reſpectu creditor, & debitor eſſe queat, *l. 107. ff. d. Solut. l. 21. §. 1. ff. d. Liberat. leg. l. 50. l. 71. pr. ff. de Fideiu.* Euidens etiam eſt ratio conſecutionis, quod ex hypotheſi de Confuſione fluat, fideiuſſorem non potuiſſe in ſolidum actionem cedere. Sed enimuero idem illud, quod principii loco praeſtruitur, confuſionem in perſona fideiuſſoris euenire, negamus. Fideiuſſor, qui ſolidum Creditori praeſtitit, id ſoluit, quod debebat; cum beneficio diuiſionis, cui renunciauerat, uti non poſſet. Poſt factam itaque ab ipſo ſolutionem non amplius eſt debitor, & ſic ius Creditoris in ipſum translatum nihil reperit, quod per confuſionem extinguere poſſit.

§ XXIII.

Quodſi ſupponas, ceſſionem ante ſolutionem factam eſſe; ut fieri debere, plurimi contendunt, de quo infra, ne ſic quidem proprie aliqua confuſio oriri poteſt; neque in ſolidum, neque pro parte; quia alias ſolutionem debiti, uel totius, uel partis, Creditori fideiuſſor recte denegaret. Nempe ceſſio actionis fieri intelligitur tantum intuitu confideiuſſoris, non illius fideiuſ-

 ſoris,

ſoris, qui ſoluit. Nemo ſanae mentis ab altero petit, ut actionem ſibi aduerſus ſeipſum cedat. Igitur quando fideiuſſor creditori ſoluit, id agit, ut actio, quoad ipſum, extinguatur, ſed intuitu confideiuſſoris ſalua maneat, & per ceſſionem illam cum omni iure, & ex omni parte, in ipſum deuoluatur & tranſeat; Cuius rei indubitata ueritas uel ex eo ſe prodit, quod ceſſio actionum non fiat, niſi inter conſentientes. Atqui fideiuſſor, ſi quid uideo, in malam rem abire iubebit eum, qui dixerit, ipſum conſenſiſſe, ut contra ſe actio a Creditore cederetur. Ex quibus omnibus efficitur, merum commentum eſſe confuſionem illam, in qua *Meuius* uelut arcem cauſae conſtituit.

§. XXIV.

Reliqua *Meuii* argumenta repetitionem eorum continent, quae ſupra ex *Piſtorio* allata, non id, quod in lite eſt, probare, oſtendi. Quod enim *fideiuſſores inter ſe eo iure non gaudeant, quod creditori competit, & ſic in ceſſionarium minus tranſeat, quam ille habuit;* item *quod renunciatio beneficii diuiſionis aliquid perſonale quodammodo contineat, non, niſi creditoris gratia, in pactum uel renunciationem deductum,* & *creditor uni fideiuſſori ſoluenti amplius cedere non poſſit, quam quod detracta ipſius portione ſuperſit*, id omne gratis, & ſine ullo iuris fundamento, dicitur, ut in ſuperioribus demonſtraui. Quod uero laudatus *Meuius in P. 4. Dec. 325. n. 5.* id tantum *ſolidum* eſſe putat, *quod ſupereſt, deducta parte*, inane eſt, & nouam ſignificationem, quam iura ignorant, ſapit. Quid *ſolidum* in actione ceſſa denotet, ex perſona Creditoris aeſtimari debet. Sicuti enim exceptiones, quae cedenti obſtant, etiam ceſſionario recte obiiciuntur, *l. 4. §. pen. ff. d. dol. mal. exc. l. ult. ff. d. Exc. rei uend. l. 3. §. per iniuriam. ff. d. Pignor.* ita etiam ceſſio-

ceſſionarius eodem iure cum cedente utitur, adeoque ſolidum proprie dictum, nulla eius parte detracta, conſequi debet.

§. XXV.

Vt uero ſolidum quis a confideiuſſore repetere queat, requiritur, ceſſionem actionis fideiuſſori ſoluenti eo tempore factam eſſe, quo adhuc creditor ius agendi habuit, neque actio extincta fuit. Fruſtra enim ceditur actio, quae non amplius ſupereſt; cum non entis, ut Philoſophi loquuntur, nullae ſint affectiones, nullae qualitates. Vnde quaeſtio, quae hodienum non minus in foro, quam ſcholis, in utramque partem uehementer agitari ſolet, oritur: *Vtrum ceſſio actionum praeciſe ante ſolutionem a creditore fieri debeat, ita ut poſtea res integra eſſe deſinat; an uero, ſolutione licet iam ſecuta, adbuc ceſſio poſtulari & cum effectu fieri queat?* Incredibile dictu eſt, quam uarie ſe hic Iuris Interpretes torqueant; ut litem tantum non inextricabilem reddiderint; aliqui etiam ſpem conciliandi leges, in hoc negotio praecipuas, *l. 36. ff. d. Fidei.* & *76. ff. d. ſolut.* omnino abiecerint; quod facit *Titius ad Lauterb. Comp. Iur. tit. d. Fidei. Obſ. in fin.* Tentabo tamen uadum, & periculum faciam, utrum commoda quadam interpretandi ratione, tot tantisque difficultatibus occurri queat.

§. XXVI.

Puto autem, totum negotium hac ſola uia confici poſſe, ſi diſtinguamus, utrum fideiuſſor *debitoris*, an *ſuo nomine* ſoluat. Cuius diſtinctionis fundamentum eſt in *l. 47. ff. d. Condict. indeb.* Priori caſu ipſo iure tollitur obligatio, & debitoris, & fideiuſſorum omnium *pr. I. Quib. mod. toll. oblig.* Vnde poſtea fideiuſſor, qui ſoluit,

 incaſ-

incaſſum a creditore poſtulat, ut ſibi cedat actionem, quam nullam habet, quaeue per ſolutionem peremta eſt. Quod incommodum ut euitetur, uel ceſſio maturius, id eſt, ante ſolutionem, aut ſaltem in ipſa ſolutione fieri, uel pactum de mandandis ſeu cedendis actionibus adiici oportet; quo caſu pretium magis mandatarum actionum ſolutum, quam actio, quae fuit, ſublata uidetur. *l. 76. ff. d. Solut.* Poſteriori autem caſu, cum fideiuſſor ſuo nomine, ex cauſa ſtipulationis, ſoluit, ipſe ſolus liberatur; non reus principalis, aut confideiuſſores; ſed hi omnes in nexu manent. Quo tamen caſu ſemper id tacite agi intelligitur, ut actiones, quae ſuperſunt, fideiuſſori pro ea pecunia, quam ſoluit, uenditae eſſe debeant; quas ille deinceps praeſtare ſeu cedere tenetur. De quo tacito pacto, quod ipſa ui legis in huiusmodi ſolutione, a fideiuſſore proprio nomine facta, ſubeſſe intelligitur, exaudienda eſt *l 36 ff. d. Fidei.* Quo fundamento praeſtructo, nihil occurrit, quod aliquod negotium faceſſere, & parere difficultatem queat. Extincta eſt hoc poſteriori caſu per ſolutionem fideiuſſoris actio, quae contra ipſum competebat. Superſunt actiones, aduerſus debitorem, & fideiuſſores reliquos, quippe quos a nexu & obligatione liberandi animum fideiuſſor, dum ſolueret, non habuit; ſed potius iura & actiones, aduerſus eos ualituras, emendi. Ad has praeſtandas fideiuſſor creditorem aeque, ut alius nominis emtor, compellere poteſt, ex ipſa negotii natura; etſi de hoc nihil, cum ſolutio fieret, dictum ſit. Ipſe uero Creditor, cum ſemel actiones uendiderit, neque aduerſus reum principalem, neque reliquos fideiuſſores agere, nec tertio easdem cedere poteſt; cum ſemel illas fideiuſſori, cum ipſi ſatisfaceret, uendiderit.

§. XXVII.

§. XXVII.

Etſi uero huius ſententiae noſtrae fundamenta in legibus iam adductis aperte contineantur, grauitas tamen & utilitas Controuerſiae poſtulat, ut eandem pluribus communiamus, eiusdemque expreſſa ueſtigia in Iure oſtendamus. Nempe certiſſima eſt iuris regula, quod is, qui ſuo, non debitoris, nomine ſoluit, non liberet debitorem. *l. 31. pr. ff. d. hered. pet.* ubi *Vlpianus* eandem conceptis verbis tradit. Add. *l. 19. § 1. ff. d. Cond. Indeb.* Iam fideiuſſor, dum pro alio fidem ſuam interponit, utique ſuo nomine promittit ſtipulanti, eoque propriam obligationem contrahit, ſcil. ex ſtipulatione, uel hodie ex pacto. Quale eſt factum obligatorium, talis eſt obligatio, quae inde oritur. Factum eſt fideiuſſoris proprium; ergo & obligatio eſt eius propria; licet intuitu debiti alieni contracta. Quamobrem ſi quis ex cauſa fideiuſſionis ſoluat, id agere intelligitur, ut ſeipſum liberet, non ut alios, ſiue debitor, ſiue confideiuſſores ſint, ab obligatione eximat. Hac mente regulariter ſolutionem creditori facere fideiuſſor praeſumitur; niſi expreſſe animum, illos quoque liberandi, declarauerit. Prout enim quidque contractum eſt, ita & ſoluitur. *l. 80. ff. d. Solut.* Multum itaque intereſt, cuius nomine & intuitu fideiuſſor Creditori ſoluat. Nam ſi u. gr. eidem dicat: *Soluo, quod TITIVS tibi debet*, ſtatim, & ipſo iure debitor liberatur; cum ad eius obligationem extinguendam, ſatis ſit, pro ipſo ſolui; a quo ſolutio fiat, nihil refert. *pr. I. Quib. mod. toll. oblig.* Eodemque momento ſimul acceſſoria fideiuſſorum obligatio exſpirat quippe quae principali ſublata, conſiſtere nullo modo poteſt. *l. 38. §. 2. ff. d. Solut.* Quando autem fideiuſſor ait: *Soluo, quod ex fideiusſione debeo*, id agit, ut ipſe obligationi ſe ſubducat, & actiones

nes aduerſus debitorem, & Confideiuſſores, a Creditore emat. *l. 36. ff. d. Fideiuſſ.* Vnde priori caſu fruſtra poſt ſolutionem ſimpliciter factam, a creditore petitur, ut actiones cedat, quas nullas habet, & quae ipſo iure peremtae ſunt. *l. 76. ff. d. Solut.* Add. *l. 1. C. d. Contr. iud. tut.* Poſteriori autem caſu, ſola fideiuſſoris, creditori ſatisfacientis, obligatio diſſoluitur; debitor & confideiuſſores adhuc obligati ſunt; aduerſus quos, ut ius agendi fideiuſſor conſequatur, nullo expreſſo pacto de mandandis actionibus opus eſt; quippe quod iam ex diſpoſitione iuris, & intentione partium, ipſi negotio ſolutionis ineſt; quae in effectu nominis emtionem continet. *l. 36. ff. d. Fidei.*

§. XXVIII.

Et quo minus quis dubitet, ſolutione per fideiuſſorem ſuo nomine facta, actionem aduerſus debitorem, atque confideiuſſores, ſupereſſe, in medium adduco *l. 28. ff. Mandat.* ubi dicitur, quod mandator debitoris ſoluens, ipſo iure reum non liberet; addita hac ratione, *quod propter mandatum ſuum ſoluerit, & ſuo nomine*; ideoque etiam poſt ſolutionem mandatori actiones cedi iubentur. Nec ouum, quod aiunt, ouo ſimilius, quam caſus hic cum eo, in quo uerſamur. Eadem utrinque ratio & cauſa occurrit; ut cum *Coſtalio* & *Cuiacio* recte *Sandius d. Act. C. ſ. c. 7. §. 11.* obſeruat. Sicut mandator ex cauſa mandati, ita fideiuſſor, ex cauſa fideiuſſionis. & uterque ſuo nomine ſoluit adeoque neminem, niſi ſe ipſum, liberat; & poſt ſolutionem quoque ad praeſtandas actiones creditorem compellere poteſt. Nec uero inſolitum eſt, ut, fideiuſſore obligationi ipſo iure ſubducto, reus tamen obligatus maneat. Nam & eo caſu, ubi creditor fideiuſſorem ſibi heredem inſtituit,

tuit,

tuit, per confuſionem is quidem ipſo iure liber eſt; non autem debitor. *l. 21. §. 3. ff. d. Fidei. l. 83. ff. d. Solut.*

§. XXIX.

Sequitur, ut occurramus legibus atque dubiis, quae ſententiam noſtram premere uidentur. Vbi inprimis §. 1. *l. Quib. mod. toll. Oblig.* aliaeque leges, urgeri ſolent, quibus traditur, quod, fideiuſſore ſoluente, reus liberetur, & obligatio ſoluatur. Quod argumentum ex antea dictis facile diluitur & corruit. Namque ſupponendum, quod fideiuſſor, *nomine debitoris*, ſoluerit. Quo caſu, oſtendimus, totam obligationem, & principalem, & acceſſoriam, perimi & extingui. Aut, ſi forte alicui haec reſponſio diſpliceat, is, ſalua hypotheſi noſtra, retinere poteſt ſententiam uulgo receptam, quod, ſine diſcrimine, cum ſoluit fideiuſſor, liberentur cum debitore reliqui fideiuſſores; Si modo, ut omnes Dd. uolunt, hoc addat, quod liberatio debitoris tantum intuitu creditoris contingat, non reſpectu fideiuſſoris ſoluentis. Nam hic, ut in omni alia nominis uenditione euenire ſolet, etiam ante ceſſionem, ex hoc ſolo, quod ſoluit, hoc eſt, ut ſupra demonſtratum, actiones a creditore emit, easdem ex Reſcripto *D. Pii* ſola iuris poteſtate exercet, & creditorem in agendo repellit. *l. 5. ſeqq. l. ult. C. d. Hered. uel act. uend. l. 21. ff. d. tu'. & rat. diſtrab.* Cum nihil utique interſit, utrum directam, an utilem, actionem inſtituat *l. 47. ff. d. Neg. geſt.* Sic itaque per ſolutionem a fideiuſſore factam, liberati ſunt & reus principalis, & confideiuſſores, hactenus, ut Creditori nihil teneantur, imo ne quidem, ſine periculo, quicquam ſoluere poſſint. Neque ſententiae noſtrae obſtant textus in *l. 39 ff. d. Fideiuſſ.* & *l. 11. C. Eod.* in quibus negatur, fideiuſſori, qui ſolidum ſoluit, aduerſus confideiuſſorem ius agendi

competere; niſi ſit a Creditore ceſſum. Accipio enim hos textus de directa actione; quae ſine ceſſione non tranſit; ut tamen poſt Reſcriptum D. Pii ſalua ſit actio utilis. Quamuis etiam haud abſurde, ut probaui, ita reſponderi queat, ut dicatur, ſupponi ſolutionem, nomine debitoris a fideiuſſore factam; quae obligationem & actiones omnes, ipſo iure, extinguit.

§. XXX.

Deſcendamus nunc ad ea, quae paſſim Iuris Interpretes afferunt, & hanc, pro qua propugno, opinionem feriunt. Plerique omnes, ceſſionem a fideiuſſore, re adhuc integra, i. e. ante ſolutionem, peti debere, monent; cum, niſi proteſtatio, aut pactum de cedendo, acceſſerit, non ſit amplius ceſſioni locus. Quo fine ad *l. 76. d. Solut.* & *l. 36. de Fideiuſſ.* quae praecipuam huius materiae ſedem abſoluunt, prouocant Verum enimuero, quod pace Summorum Virorum, pro noſtra hypotheſi reſpondere liceat, ex iis, quae in ſuperioribus prolixe adducta ſunt, liquet, eum, memoratas leges conciliandi modum, ut ſupponamus pactum, de cedendo, expreſſe adiectum, locum commode inuenire haud poſſe. Sane ſi in *l. 36. ff. de Fideiuſſ.* praeſtruitur caſus, ubi huiusmodi pactum de cedendo acceſſit, inepta fuiſſet *Pauli* dubitatio, initio laudatae legis allata; *quod dici poſſit, nullas iam eſſe actiones, cum creditor ſuum perceperit, & perceptione omnes liberati ſint.* Quis enim dubitare queat, supereſſe poſt ſolutionem, quae praeſtari debeant, actiones, quas ante ſolutionem quis expreſſe ſibi ſtipulatus eſt? Verum, ſi quid uideo, clare ſatis ICtus ibi indolem huiusmodi negotii, cum fideiuſſor ſuo nomine Creditori ſoluit, exponit; quod Creditor non *in ſolu-*

in ſolutum accipiat, ſcil intuitu debitoris, aliorumque fideiuſſorum; *ſed quodammodo nomen debitoris uendat*; h. e. quod ipſa ui & poteſtate legis ſolutio talis uenditioni aequiparetur; ut, pactum explicite addi, ſuperuacaneum ſit. Vnde tamen concludit *Paulus*, *quod ideo habeat actiones; quia teneatur ad id ipſum, ut praeſtet actiones.* Nihil opus uidetur, pactum effingere, ubi per ſe plana eſt, & perſpicua legis ſententia. Cum ex aduerſo, ubi alterius nomine ſimul ſolutio facta, extincta ſemel obligatio nullam actionem, quae cedi poſſit, relinquat, & ſic requiratur, ut pactum ſolutionem praecedat; de quo in *l. 76. ff. d. Solut.*

§. XXXI.

Vrgent praeterea, *quod fideiuſſor, cum citra pactum, aut proteſtationem, pecuniam ex cauſa ſtipulationis ſoluit, non praeſumatur ſoluere eandem ex noua cauſa contractae cum creditore emtionis.* Sed nihil nos cogit, hoc obtentu uti. Sufficit, quod fideiuſſor *ex cauſa ſtipulationis*, unde obligationis uinculum ipſe contraxit, adeoque ſuo, non debitoris, nomine ſoluerit. Huic ſolutioni uim atque effectum emtionis nominis lex ipſa tribuit; ut neceſſe haud ſit, ad praeſumtiones confugere.

§. XXXII.

Equidem certum eſt, *quod fideiuſſor ſoluens id intendat, ut ipſemet liberetur*; quod uero *hoc quoque, iure ita diſponente, agat, ut & debitor, & confideiuſſores obligatione eximantur*, largiri non poſſum; tum quia talis animus in eo, qui proprio nomine ſoluit, praeſumi nequit; tum quod huiusmodi diſpoſitio iuris, quae reo principali, & confideiuſſoribus, liberationem tribuat, omnino deficit.

 ficit.

Digitized by Google

ficit. Sed & hoc negare nequit; *quod etiam a tertio ſolutio fieri poſſit, hoc effectu, ut inuitus etiam debitor liberetur;* ſed inde minus conſequi puto, *quod etiam ſolutio facta a fideiuſſore, eundem & confideiuſſores, nec repugnantes,* promiſcue *liberare poſſit;* quin potius uidendum, an tanquam fideiuſſor, adeoque ex propria obligatione, an intuitu & nomine debitoris, praeſtiterit ſolutionem Hoc caſu omnium liberatio contingit; non illo. Necuero eo tantum caſu, *ubi obligatio fideiuſſoria per exceptionem tollitur,* principalis ſuperſtes eſt; ſed &, *cum ipſo iure perimitur fideiuſſoria*; & quod fieri poſſit, ut non ſimul & eodem modo principalis obligatio tollatur, uel ſola confuſio, de qua in ſuperioribus, euincit. Vnde opus haud eſt, *ut fideiuſſor, antequam ſoluat, a creditore emat nomen, aut ſoluat animo contrahendae nouae obligationis;* Namque ipſam ſolutionem, citra ullum pactum, leges ita interpretantur, ut ſpeciem quandam emtionis contineat; quamobrem nulla ulteriori ſolicitudine aut cautione opus.

§. XXXIII.

Vir *Illuſtris, Dn. Samuel de Cocceii in Iur. Ciu. Controu. t. d. Fidei. Quaeſt. 15.* eam ſententiam defendit, qua ceſſionem, facta ſolutione, locum habere negatur. Vbi primo recte monet, diſtingui debere, utrum ſolutio ex *eodem*, an ex *diuerſa, cauſa* facta ſit; ut priori quidem caſu tota obligatio, reſpectu omnium, quorum intereſt, extincta eſſe intelligatur; poſteriori autem non, niſi intuitu illius, qui ſoluit. Sed, quando deinceps explicat, quae cauſa *eadem,* quae *diuerſa* cenſeri debeat, nobis cum ipſo haud conuenit. Putat, a fideiuſſore *ex eadem cauſa* ſolui; quod ut largiar, adduci haud poſſum. Ad hoc uero, *quod fideiuſſor* ſemper *ex eadem cauſa cum reo princi-*

principali debeat, probandum, primo loco excitat. *l. 27. §. 1. d. Fidei.* ſpeciatim uerba: *atque hic quoque pertinebit ad eandem cauſam.* Sed, pace *excellenti doctrina Viri*, reſpondeo, ibi de cauſa obligationis in debitore & fideiuſſore, plane ſermonem non eſſe; ſed de fideiuſſoribus inter ſe ſpectatis; quatenus diuiſionis beneficium inter eos locum inueniat; idemque profertur ad fideiuſſores fideiuſſorum; quippe qui *atque ad eandem cauſam* pertineant; hoc eſt, quorum eadem ſit ratio, eademque conditio cum fideiuſſoribus principalibus; quam interpretationem aperte confirmant adiecta uerba: *in quorum perſona aeque locum habebunt ea, quae ſunt a Diuo Hadriano conſtituta.*

§. XXXIV.

Neque maius ad probandum pondus ineſt *l. 1. §. 8. ff. d. Obl. & Act.* ubi fideiuſſor *eadem obligatione* cum debitore principali *teneri* dicitur. Manifeſtum enim eſt, *eandem* obligationem ibi intelligi, ſpectato obiecto, & uinculi contracti, non uero intuitu *cauſae*, unde obligatio deſcendit; quae utrinque diuerſa eſt; nempe quoad reum principalem plerumque mutuum, reſpectu fideiuſſorum ſtipulatio. Vtrumque negotium eſt diſtinctum, & peculiarem formam habet, ſeparatamque obligationem producit. Quod enim *fideiuſſor in ſecuritatem principalis obligationis tanquam cautio* accedit, diuerſitatem *cauſae*, unde obligatio proficiſcitur, non tollit. Acceſſorium uinculum non praeciſe ex eodem fonte, unde obligatio principalis manat, oritur. Sic & is, qui alienum debitum conſtituit, obligationi principali accedit, & loco fideiuſſoris eſt, eoque beneficio excuſſionis gaudet. *l. 1. §. 1. ff. d. Conſt. pec. l. ult. C. Eod. Nou. 4. c. 1.* De quo tamen nemo dixerit, quod ex eadem cauſa obliga-

tus ſit, ex qua debitor principalis tenetur. Vnde nec quicquam ad euincendam identitatem cauſae debendi facit, quod fideiuſſor *adpromiſſor* audiat; id enim eo ſenſu ſit, quod alienam obligationem, principali ſalua, in ſe recipiat, atque adeo ab *expromiſſore* differat; neque aliud, uel in *l. 43. ff. d. ſolut.* uel in *l. 5. §. 2. d. V. O.* habetur. Quod igitur inde colligitur, *totam obligationem, tam principalem, quam acceſſoriam, ipſo iure extingui, ſi fideiuſſor ſoluat, quod reus principalis debet*, continet id ipſum, de quo lis eſt, & quod ex antecedentibus minus conſequi, oſtendi; niſi forte, ſolutio nomine debitoris fiat; de quo allegati textus exaudiendi ſunt; niſi quod, intuitu creditoris, & debitorem, & confideiuſſores, perinde, ac in alia nominis uenditione contingit, liberari, ſupra conceſſerim. Neque in *l. 39. ff. d. Fidei.* aliud traditur, quam quod fideiuſſor, ſine ceſſione, nullam aduerſus confideiuſſores actionem habeat; tempus, quo fieri debeat ceſſio, ibi haud definitur; ſed de hoc ex *l. 36. ff. Eod.* iudicium ferri debet, quod nempe propter emtionem nominis, quae ſubeſt, ſemper res integra eſſe intelligatur.

§. XXXV.

Neque uero meliori ſucceſſu in auxilium uocatur *l. 76. ff. d. ſolut.* Ibi enim de ſolutione a fideiuſſore facta plane non agitur; ſed de caſu, ubi eadem omnino eſt obligationis cauſa, reſpectu omnium; nempe adminiſtratio tutelae; quod in caſu interceſſionis pro debitore ſecus eſſe, hactenus demonſtratum. Vnde *Carpzouius*, quem notat *Ill. Dn. de Cocceii*, recte dixit *P. 2. C. 17. d. 15. quod fideiuſſor magis ſuo, quam alieno, nomine ſoluat.* Quia nempe nulla alia coniectura commode locum habere poteſt, quam quod id agat, creditori ſoluendo,

uendo, fideiuſſor, ut ſe a nexu obligationis in libertatem aſſerat, non ut uinculum, quo alii conſtricti ſunt, ſoluat. Tum uero *Excellentiſſimus Vir* progreditur, mentemque ſuam declarat, quando exiſtimet, ex *cauſa diuerſa* ſolui; & exemplum de *Mandatore* in medium adducit. *Si nimirum*, ait, *cum ego Caio, 100. mutuo a me petenti, ea dare nollem, niſi cautum mihi eſſet, Seius mandat, ut Caio 100. mutuo dem, eoque ſecuritatem promittit; Hic iam duae diuerſae obligationum cauſae ſunt, & alia, ex qua Caius tanquam debitor Principalis mihi debet, alia, ex qua Seius tanquam mandator, mihi obligatur: illa mutuum eſt; haec mandatum, L. 32. ff. Mand. Etſi ergo, deficiente Caio, Seius ſoluat, eoque poſterior cauſa per ſolutionem exſtinguatur, mutuum tamen ipſo iure manet; quia ex cauſa mutui ſolutum non eſt.* Atenimuero haec omnia, ut ex antea dictis liquet, perinde in fideiuſſione contingunt. Non enim mandatum magis, quam ſtipulatio, ex qua fideiuſſor obligatus eſt, a mutuo differt. Hinc ea, quae *Papinianus in l. 28. Mandat.* de mandatore docet, aeque ad eum, qui pro alio interceſſit, pertinent; niſi ratio diuerſitatis clarius oſtendi poſſit.

§. XXXVI.

Non diſplicet hac in parte Philoſophia *Titii*, quando in *Annot. ad Compend. Iur. Lauterb. obſ. 1168.* doctrinam, quod poſt ſolutionem ceſſio actionum locum habere nequeat, in diſſentientes retorquet. *Si enim*, inquit, *ſolutio actionem impedit, eneruat, ac inanem reddit; hinc nec ante, nec poſt eam, ceſſio fieri poterit. Falſum igitur eſt, quod ſolutio actionem extinguat; Nam fideiuſſor, intuitu debitoris principalis, acceſſorie, confideiuſſoris, pro rata ſaltem, obligatur, quando igitur ſolidum ſoluit, primo reſpectu, debitum ſimpliciter, ſecundo uero, pro parte alienum praeſtat, hinc creditor*

quidem

quidem nihil amplius exigere poteſt; ſed actiones ideo non extinguuntur, ſed alii uenduntur; hinc emtori cedendae, ac documenta neceſſaria tradenda ſunt. Si modo meminerimus, ea, quae de obligatione fideiuſſorum pro rata *Titius* affert, tantum, ſpectato obligationis effectu, admitti poſſe; atque eo caſu locum non habere, quando diuiſionis beneficio a fideiuſſoribus renunciatum eſt. Ceteroqui intuitu quaeſtionis principalis nobis cum *Titio* conuenit; quod ſolutio, ab uno fideiuſſorum facta, quandam nominum & actionum uenditionem contineat.

§. XXXVII.

Oſtendimus ſententiae noſtrae fundamenta, & rationi, & textibus iuris, maxime conſentanea. De uſu fori nihil certi definire licet; qui, ut alibi ſaepe, ita & hic, uarius eſt, nec ſibi conſtat. Ceſſioni, etiam poſtfactam ſolutionem, praeter caeteros, locum faciunt *Carpz. P. 2. C. 17. d. 16. Struv. S. I. C. Exc. 47. th. 45. Brunnem. Cent. 3. Dec. 84. Zanger. d. Except. p. 2. C. 16. n. 38. Dn. Mencken. Tr. Syn. Pand. t. d. Fideiuſſ. Coler. d. Proc. Exec. P. 1. c. 10. n. 424. Philipp. Vſ. Pr. Inſt. L. 3. Ed. 36. n. 12.* Etſi nec contrariae ſententiae, uel Patroni, uel praeiudicia, deſint. Add. *Sel. Obſeru. For. Part. I. O. 171.* Quo magis fas eſt, in ipſo rerum actu, eam ſententiam ſequi, quam leges, & iuris principia commendant.

§. XXXVIII.

Sic uero facile lis etiam componi poteſt, uulgo agitari ſolita; *Vtrum ſine ceſſione agere fideiuſſor aduerſus confideiuſſorem queat?* Communiter negant, Iure Ciuili actionem competere; etſi plerique ſecundum mores hodiernos actionem negotiorum geſtorum, ſaltem utilem,

lem, concedant. Quo fine allegant §.*4. l. d. Fideiuſſ. l.39. ff.* & *l. 11. C. Eod.* Rationem addunt, quod nullum factum obligatorium inter fideiuſſores, erga ſe inuicem ſpectatos, interceſſerit; atque is, qui Creditori ſatisfacit, debitoris quidem, non autem confideiuſſorum, negotium principaliter gerat. *Hopp. Comm. ad Inſt. cit.* §. *4.* Sed, ut huc deueniamus, & actionem, moribus demum introductam, fingamus, opus haud eſt. Satis enim, puto, in ſuperioribus oſtenſum eſt, etiam Iure Romano fideiuſſori actionem dari, quamuis ceſſio nondum ſecuta ſit; non quidem ex perſona propria, ſed ex iure Creditoris, per debiti ſolutionem emto; nempe utilem, quae cuiuis emtori nominis, ante ceſſionem, competit. Vnde nihil nos textus, in contrarium citati, morantur; quippe qui hanc interpretationem commode recipiunt, ut negent, actionem dari ſcil. ex perſona propria, & iure proprio; non autem excludant illam, quae ex emtione nominis reſultat; atque poſt factam ceſſionem, directa, ante illam uero, utilis habetur. Quae &, ex noſtra hypotheſi, pinguior eſt, quam illa ex negotio, utiliter geſto, profecta actio, cuius originem ad mores Germanorum referunt. Haec enim, ut omnes, quod ſciam, uolunt, tantum pro rata datur; cum ex aduerſo utilis illa, pro qua propugno, perinde ut directa, omne ius Creditoris contineat, adeoque eo caſu, quo beneficio diuiſionis renunciatum eſt, in ſolidum competat.

§. XXXIX.

Praeterea nullam omnino difficultatem faceſſit uulgata quaeſtio: *Vtrum expenſarum etiam atque damnorum nomine fideiuſſor aduerſus Confideiuſſorem actionem habeat?* Cum enim fideiuſſor, Creditori ſoluendo, nihilo

Digitized by Google

plus uel minus iuris conſequatur, quam Creditor habuit, facile intelligitur, expenſas repetendi facultatem eidem haudquaquam competere; quippe quarum petitio non ineſt actioni Creditoris, quam fideiuſſor ſoluendo emit. Quicquid enim creditor iure non petiit, id nec fideiuſſor, ſiue directa, ſiue utili, actione experiatur, recte petit. Alia ratio eſt illorum ſumtuum, quos fideiuſſor poſt ſolutionem, ſeu emtionem actionis, fecit; illi enim ſine dubio in hanc emtam actionem ueniunt. Add. *Carpz. P. 2. C. 17. d. 23.*

§. XL.

Sed & hoc fideiuſſori, debitum ſoluenti, dandum eſt, ut illud integrum, ſiue a debitore, ſiue a confideiuſſore, qui beneficio diuiſionis renunciauit, recuperet, etſi minimum ipſe Creditori ſoluerit. Neque enim Lex Anaſtaſiana in *L. 22. C. Mandat.* ad caſum praeſentem, ubi emtio ex neceſſaria & probabili cauſa, non diuexandi aduerſarii, aut improbi lucri captandi gratia, facta eſt, pertinet; de quo actum in *Sel. Obſ. For. P. I. Obſ. 297.*

§. XLI.

Fruſtra etiam fideiuſſori, ſolidum repetenti, confideiuſſor exceptionem praeſcriptionis obiicit, ſi haec aduerſus ipſum fideiuſſorem interrupta fuerit. Quamuis enim inter Iuris Interpretes non deſint, qui contendant, interruptionem praeſcriptionis, aduerſus debitorem principalem, haud nocere fideiuſſori, ſed hunc nihilo ſecius exceptione praeſcriptionis ſeſe tueri poſſe; in quorum numero ſigillatim eſt *Carpzou. Dec. 34.* illi tamen largiuntur, in fideiuſſoribus, erga ſe inuicem ſpectatis, hoc ſecus eſſe. *Carpz. c. l. n. 22. ſeq.* Neque enim

Digitized by Google

enim facile quiſquam inficias iuerit, fideiuſſores pro correis habendos eſſe. *l. 11. ff. d. duob. reis.* Atqui praeſcriptionem, aduerſus unum ex correis interruptam, etiam reſpectu alterius, pro tali cenſendam eſſe, luculenter conſtitutum eſt in *l. ult. C. d. duob. reis.* Quamuis etiam priorem illam ſententiam, quod interruptio praeſcriptionis contra debitorem, fideiuſſori noceat, principiis iuris uel maxime conſentaneam eſſe, putem. Vid. *l. ult. C. d. annal. except. l. ult. C. d. duob. reis.* Licet enim duplex obligatio ſubſit, utraque tamen ex eodem fonte fluit atque dimanat, eoque una utriusque cauſa & ratio eſt; ut recte oſtendit *Schilterus ad Pand. Ex 45. th. 61. ſeq.* ubi ſimul *n. 62.* argumenta *Carpzouii* diluit, atque reſoluit.

§. XLII.

Ad ultimum patet, fruſtra diſceptari: *Vtrum fideiuſſor ceſſionem actionum a creditore expetere poſſit, etſi huic beneficio ſpeciatim renunciauerit?* Plerique fatentur, non alium huius renunciationis effectum eſſe, quam quod fideiuſſor, obtentu memorati beneficii, ſolutionem differre nequeat; ceteroqui integrum eidem eſſe, nihilo ſecius urgere ceſſionem; quippe quae, manifeſta aequitate ſuffulta, a Creditore detrectari nequeat; propterea quod inter ipſius naturalis iuris dictata & hoc ſit, ut quis non grauiter moleſteque, ſed aequo animo, ferat, id alteri tribui, quo is utiliter frui, ipſe uero ſine incommodo carere, poſſit. Quo facit *l. 2. §. 5. ff. d aq. & aq. pluu. arc.* Atenimuero qui noſtram hypotheſin amplectitur, his ambagibus, & argumentis, a naturali aequitate repetitis, facile ſuperſedere poteſt. Cum enim ſolutio, quae creditori a debitore fit, ipſa ui ac poteſtate legis, nominum quandam emtionem conti-

 neat,

Digitized by Google

neat, conſequitur, ſaltem utili actione ſemper uti fideiuſſorem poſſe; etſi directam ex ceſſione non habeat. Poſſent uero momenta, in medium adducta, id operari, ut creditor ad ipſam actionem directam, mediante ceſſione transferendam, adigi & cogi a fideiuſſore poſſet.

§. XLIII.

Caeterum in eam, quam defendi, ſententiam, quod Actio ceſſa eo caſu, quo diuiſionis beneficio renunciatum eſt, fideiuſſori, aduerſus confideiuſſorem, nulla portione detracta, ſed in ſolidum detur, reſpondit Ordo ICtorum Vitenbergenſium Menſ. Nou. 1721. ad requiſitionem Regiminis Guelferbytani in cauſa des Geheimden Raths von K. und Conſ. contra die Gebrüdere von C. Verb. Obwohl es ſcheinet, daß N. N. nicht die gantze Schuld-Poſt, ſondern bloß ſo viel ſie vor die andern Mitbürgen bezahlt, wiederfordern können, mithin auch ſelbigen die exceptio plus petitionis entgegen ſtehe. Dieweil aber dennoch Klägern die exceptio plus petitionis nicht füglich entgegen geſetzet, noch daß ſie ihren Antheil, den ſie als confideiuſſores, dem Creditori vor ſich zu zahlen verbunden geweſen, davon ſich kürtzen laſſen, angehalten werden mögen, da ſie nicht ex negotio geſto, ſondern ex iure ceſſo, ſtatt des Creditoris cedentis Bekl. als fideiuſſores in Anſpruch nehmen, und da in der Haupt-Obligation, dem Beneficio excuſſionis und diuiſionis renunciret worden, Bekl. denen Klägern ſolche beneficia, ſo wenig, als dem Creditori cedenti ſelbſt, entgegen zu ſetzen befugt, vielmehr die gantze cedirte Forderung denenſelben abzuſtatten verbunden ſind ꝛc. Eadem Quaeſtio occurrit in Collegio ICtorum Vitembergenſium Mens. Nou. 1721. occaſione Actorum a Regimine

mine Hanouerano tranſmiſſorum in cauſa Jobſt Chriſtian von Merretig, contra den von Bennigſen.

§. XLIV.

Ad ultimum, quod eo caſu, ubi pro debitore, eiusque nomine, ſolutio debiti facta, ſimplex traditio inſtrumenti obligatorii, eam praecedens, ſufficiat, & tacitum pactum de cedendo contineat, reſpondit Ordo Iuridicus, qui Vitembergae eſt, Menſ. Mart. 1722. ad interrogationem, N. N uerb. Wann gleich von vielen Rechts-Lehrern, und zwar nicht ohne Grund der legum dieſe Meynung, daß ein Creditor, ſo das Creditum von iemand, der nicht in nexu iſt, bezahlet erhalten, ohne daß der Auszahler bey der Auszahlung ſich ſeine Actiones contra debitorem bedungen, nicht weiter über das Creditum, immaſſen ſolches per ſolutionem gäntzlich extinguiret, diſponiren, weniger nachhero ſeine expirirten iura, als gültige, auf den Auszahler oder ſonſt iemand cediren und transferiren könne, behauptet wird, ſolchemnach, daß Caius, nachdem er bereits 16. Jahr vorher gegen Weggebung des Wechſel-Briefs, die Zahlung von der Olympia empfangen, an derſelben nachgelaſſenen uniuerſal-Erben Sempronium Ao. 1714. ſolchen vor 16. Jahr bezahlten Wechſel-Brief keinesweges mehr indoſſiren, und cediren können, es ſich anſehen läſſet; Dennoch aber und dieweil Caius zu der Zeit, als ihm Olympia den Titiuſſiſchen Wechſel-Brief bezahlet, ermeldter Olympiae dieſen übergeben, welches eine Venditionem actionis competentis nicht undeutlich anzeiget, in ſolchem Falle aber der emtor ſein ius, wie es der Venditor gehabt, bekommt, bey welchen Umſtänden denn Caius ſo lange, als die Actio aus der Gegen-Zahlung weggegebenen

benen Wechſels gegolten, nicht allein die Ceſſion und das indoſſement verrichten, ſondern auch ſolches zu thun belanget werden können,

So erſcheinet ꝛc.

COROLLARIVM.

Siue Sponſalia diſſoluantur, ſiue nulla declarentur, ſine diſcrimine, arrhae Conſiſtoriis hodie cedunt; ut tamen pars nocens innocenti indemnitatem praeſtet.

Quamuis ſponſalia ſine arrhis, Mahlſchätze, conſiſtere poſſint, ut plurimum tamen in ſymbolum promiſſi & implendi matrimonii traduntur; quae & hinc ad probationem Sponſaliorum faciliorem reddendam non parum faciunt. Quod uero ad reſtitutionem earum, matrimonio non ſecuto, attinet, mores hodierni a diſpoſitione Iuris Ciuilis quodammodo recedunt. Namque Iure Caeſareo arrhae ſponſaliorum nomine datae, ſi interea ſponſus uel ſponſa deceſſerint, reſtitui iubentur, niſi defuncta perſona iam cauſam, cur nuptiae non celebrarentur, praebuerit. *l. 3. C. d. Sponſal. & arrh. Sponſ. & proxenet.* Quod hodie aliter obtinere, & regulariter arrha a uiuo retineri ſolet. Vid. *Carpz. P. 3. C. 19. d. 13. Stryk. Vſ. Mod. Pand. t. d. Sponſ. §. ult. Laut. Diſſ. d. Arrba th. 148. Nob. Dn. de Berger Oec. Iur. p. 105. Dn. Mencken. Tr. Syn. Pand. t. d. Sponſ. Simon. d. annul.*

d. annul. pronub. th. 32. Neque enim datio arrhae ſub conditione, *ſi nuptiae ſequantur*, ſed pure facta cenſetur. *Dn. Mencken c. l.* Taceo, quod multi Dd. memoratam *L. 3. C. d. Sponſ.* ad Sponſalia de futuro reſtringant, ad ſponſalia de praeſenti uero eandem pertinere, negent. *Bald. ad c. l. 3. C. Habn. ad Weſenb. t. d. Sponſal. N. 5.* Praeterea Iure Ciuili, ſi matrimonium non ſequatur, culpa dantis, arrha amittitur, eamque altera pars lucratur; ſin per recipientem ſteterit, quo minus nuptiae ſequerentur, duplum, imo, ſi ita conuenerit, quodruplum reſtituere tenetur. Denique ſi ſponſalia ipſo iure nulla ſint, ſimpliciter atrhae ultro citroque redduntur, *l. 5. C. d. Sponſal.* Aſt hodie generali fere conſuetudine inter Proteſtantes, inprimis in Saxonia, inualuit, ut ſtatim initio, cum lis de Sponſalibus uel conſummandis, uel diſſoluendis, exoritur, arrhae utrinque datae Conſiſtorio exhibeantur, ineoque deponantur; quae, ſi matrimonium ſequatur, utrique parti reſtituuntur; Sin minus, eidem cedunt; idque ſine diſcrimine, ſiue Sponſalia, initio ualida, reſcindantur, ſiue ex capite nullitatis, u. gr. clandeſtinitatis, corruant; cum nulla utique ratio diuerſitatis regulariter oſtendi poſſit. Vtroque uero caſu pars innocens a nocente indemnitatis praeſtationem, tam intuitu pretii arrhae, quam expenſarum factarum, recte poſtulat. De qua conſuetudine teſtatur ſigillatim *Bruckn. Dec. Matr. P. 1. c. 4. n. 15. & Excell. Dn. Beierus in Addit. ad Carpz. Iuriſpr. Eccleſ. L. 2. d. 51.* Eandemque quotidianus uſus Conſiſtoriorum confirmat. Imo, & ipſum *Carpzouium*, quando in *Iuriſpr. Eccleſ. L. 2. d. 5.* tradit, quod ex cauſa clandeſtinitatis, ſponſalibus diſſolutis, reſtituendae ſint inuicem arrhae, intelligo de eo, quod inter litigantes

fieri debeat, ſaluo iure Conſiſtorii, quod arrhas, ex moribus receptis, ſibi uindicat. Quam interpretationem iuuant uerb. *praeiud. adi. in fin. ibi:* Sie beyderſeits die einander gegebene Mahlſchätze, wieder auszuantworten, und NB. anhero in das Ober-Conſiſtorium einzuſchicken, Atque in hanc eandem Sententiam reſponderunt ICti Ienenſes Menſ. Nou. 1719. ad requiſitionem des Fürſtl. Anhältiſchen Conſiſtorii zu Zerbſt in cauſa D. B. contra A. M. I. Aliter uero in eadem cauſa uiſum eſt ICtis Helmſtadienſibus Menſ. Iul. 1721. qui, eo caſu, ubi ſponſalia nullitate laborant, arrhas Conſiſtoriis addicendas eſſe, negarunt, *Carpzouii* auctoritate cumprimis innixi. Sed latam ab illis ſententiam correxit deinceps Ordo Iuridicus Vitembergenſis, & iudicium ICtorum Ienenſium hoc ipſo anno, Menſ. Mart. confirmauit.

F I N I S.

A1 1147 4086

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google